

CONCEITO ANALÓGICO DE PESSOA APLICADO À PERSONALIDADE JURÍDICA

EDGAR DE GODOI DA MATTA MACHADO

SUMÁRIO: 1 — Necessidade do método filosófico para o esclarecimento das noções fundamentais da Ciência Jurídica. 2 — Perspetivas dentro das quais se pode considerar o problema da personalidade jurídica. 3 — Algumas das principais explicações tentadas e a sua redução em três espécies: *teorias de ficção, teorias tendencialmente realizadas e teorias sociológico-realistas*. 4 — *O superficcionismo kelseniano*. 5 — Aspectos positivo e negativo da intuição de KELSEN. 6 — O que significa uma noção ou um conceito analógico, espécies de analogia. 7 — Como se apresenta o problema e os esboços de sua solução. 8 — Descoberta do sentido analógico de personalidade jurídica, ao longo da história, e contribuição de *Mystici Corporis Christi* para fixação dos analogados de pessoa. 9 — Analogia de proporcionalidade imprópria entre *pessoa natural ou física e pessoa moral ou jurídica*; analogia de proporcionalidade própria entre *pessoa e pessoa natural ou física*.

1. O contacto com as ciências jurídicas, sobretudo com a Teoria Geral ou com a Introdução à Ciência do Direito, revela-nos circunstância das mais sugestivas e curiosas; poucas áreas do conhecimento nos põem na intimidade de tantos conceitos que se poderiam chamar explosivos, dada a enorme carga de significação que animham. O próprio termo *direito* está longe de oferecer-nos aquela tranqüila univocidade que serviria de apoio a um início de pesquisa ou de sistematização, cujo desenvolvimento se previria isento de sobressaltos, tal como se verifica no terreno estável das ciências da natureza. Vale a observação tanto para os que são solicitados ao estudo do Direito após haverem passado pela Filosofia, como para os que se vêm forçados a aprofundar noções jurídicas até suas raízes filosóficas, o que não raro acontece mesmo em face de certas exigências meramente profissionais. Falar, por exemplo, de *sujeito* ou de *objeto* de uma relação jurídica é submeter-se à tentação de enveredar pelos caminhos obscuros da *Teoria do Conhecimento*, onde o conflito entre idealismo e realismo logo nos incita a opções de conseqüências múltiplas e variadas. E a que nos arrasta a *Teoria do Conhecimento* que, de modo irresistível coloca diante de nós a indagação sobre *aquilo que se conhece, ou que existe, se existe, pois conhecer é conhecer alguma coisa, e o que se conhece existe de existência própria, ou só no espírito, faculdade fabricadora apenas de conceitos ou igualmente de realidades!* Eis-nos transportados aos altiplanos da ontologia ou da metafísica. A esta havemos de recorrer, se queremos entrar na posse da significação exata de outros

têrmos jurídicos, mesmo entre os mais próximos da materialidade ou do chamado mundo fático. Que são *bens*, que é *coisa*? E seria possível compreender noções puramente lógicas — *matéria e forma, relação e situação, conseqüência e imputação, atribuição e tantas outras* — sem incursionar pelo mundo da ciência do ser real, que se oporia à ciência ou arte de ente de razão?

É, aliás, no próprio coração da Ciência Jurídica que se vai encontrar a necessidade de transcender o meramente jurídico, pois ao mundo da Ética pertencem os conceitos fundamentais do Direito, a começar — já se acentuou — pela própria noção de *direito*, da qual são inseparáveis as de *norma, lei, falta, fim, valor, mérito, dever, sanção*. Nem por outro motivo um dos problemas liminares de nossa ciência é o da relação entre as ordens moral e jurídica. Ora, o mundo ético seria construção artificial, variável ao sabor de contingências atuais ou históricas, se não se fundasse em bases metafísicas, isto é, reais.

Mas a necessidade do recurso à filosofia pode evidenciar-se, aqui, em plano menos transcendental. Não são apenas os conceitos e noções da Ciência do Direito que mergulham raízes na realidade ontológica: o mesmo se dá em relação aos que são manejados por qualquer ciência ou aos de que se utilizam as artes, ainda as mais humildes. O que talvez singularize a nossa ciência é a necessidade freqüente de apelar para o método filosófico, sempre que se torne preciso aprofundar uma ou outra das idéias em que a realidade jurídica se representa. Vinculada de maneira tão íntima à Ética, ao ponto de ser considerada, como no sistema delvechiano, parte sua, ao lado da Moral, parece lícito dizer-se da Ciência Jurídica, pelo menos em sua expressão mais alta, isto é, como Filosofia do Direito, o que da Filosofia Moral diziam os escolásticos: que é especulativa *no seu modo*, embora prática por seu *objeto* (a conduta inter-humana na sociedade e em face do Poder). Dá-se, todavia, que a mencionada necessidade de apelar para o método filosófico não parece se experimentar de modo tão unânime, mesmo porque a especulação é tida muitas vêzes como tara ou mania de professor... O fato de se haver concretizado em nossos dias, contra o voto de SAVIGNY, aquela vocação do século passado para a legislação e para a ciência positiva do Direito, fêz com que de tal modo se cristalizassem conceitos e noções já imersos na rotina da prática forense ou magisterial, que muito pouco ou só de raro em raro se preocupam os juristas em submetê-los a tratamento filosófico. Daí falarem em pessoas, bens, obrigações, normas, sanções, méritos, valores, etc. com a despreocupada ausência de inquietação do homem comum para quem o *tempo* é algo que se mede em relógio de pulso ou de bôlso e o *espaço* algo que se conquista num ônibus, ou bonde ou na vida...

Ora, estamos em que o desconhecimento ou a recusa do método filosófico explica muitas perplexidades e outras tantas controvérsias de que anda cheia a Ciência Jurídica.

Em 1947, LÉON HUSSON, professor de Filosofia no Liceu de Montpellier, escreveu profunda e interessante obra sobre as *transformações da responsabilidade* (1), com o objetivo expresso de convencer juristas e filósofos da necessidade de estreitar sua colaboração. «A filosofia do Direito, diz êsse autor, só adquirirá rigor e precisão quando se decida a sair das generalidades para aventurar-se no terreno da ciência jurídica, pronta a receber os impactos das controvérsias que deverá enfrentar. A ciência jurídica só elucidará plenamente suas dificuldades quando consinta em estender suas vistas para além dos textos e das realidades sociais, a que se prende, até os horizontes morais e metafísicos que os envolve».

Estudioso, que bem gostaria de continuar a ser — pois tenho consciência de ainda de tal necessitar — mero estudante, e não quase improvisado professor de Filosofia e de Ciência do Direito, vamos esforçar-nos por, em parte mínima e limitada, atender ao apêlo de LÉON HUSSON. Ensaiaremos aplicar método filosófico ao esclarecimento de uma noção das que primeiro se inserevem nos modernos códigos civis e sobre a qual — não encerrasse ela um dos mencionados conceitos *explosivos* — longe se acham os juristas de haver chegado a qualquer entendimento, em meio ao intrincado enredo de teorias excogitadas, expostas e defendidas.

A noção é a de *pessoa jurídica*.

O método, a *analogia*.

2. Antes de entrar no exame sumário de algumas das teorias que se propuseram explicar a natureza da *pessoa jurídica*, assinalemos, com EDUARDO GARCIA MAYNEZ, que uma das principais causas de que não hajam conseguido os tratadistas pôr-se de acôrdo nessa matéria — «inquestionavelmente uma das mais árduas da ciência jurídica» — reside em que, no geral, não se presta a devida atenção à diversidade dos pontos de vista em que nos podemos colocar e em que se têm colocado os autores, ao encarar o problema. O escritor mexicano refere-se a três perspectivas, a que correspondem três questões diversas, a respeito da noção de *pessoa jurídica*, ou melhor se diria, a nosso ver, acêrca da noção jurídica de pessoa. Pode-se indagar (a) qual a essência das pessoas jurídicas: «como a noção de pessoas, escreve MAYNEZ, é um dos conceitos jurídicos fundamentais, sua definição incumbe à Ontologia Jurídica». *Que são os sujeitos de direito*, eis a pergunta que resume o problema. Quanto a saber (b) quem pode ser considerado sujeito de

(1) LÉON HUSSON — *Les transformations de la responsabilité, étude sur la pensée juridique*, P.U.F., Paris, 1947, Avant-propos, p. VIII.

direito, em um determinado ordenamento jurídico, não há dificuldade alguma. Basta abrir os textos legais. É problema de Jurisprudência técnica, na classificação de MAYNEZ, ou de Dogmática Jurídica ou de Sistemática positiva, na classificação de outros. Ocorre ainda investigar (c) a que indivíduos ou grupos de indivíduos, e sob que condições, se deve reconhecer ou outorgar personalidade jurídica. Problema de índole política, concernente à atividade do legislador. (2)

É útil a discriminação. A nosso intento, aproveita a observação de que o assunto deve ser considerado à luz da ontologia, isto é, mediante a aplicação de método filosófico. Seríamos, de nossa parte, mais radicais: só numa perspectiva meta-jurídica se pode estabelecer base sólida a uma explicação completa da natureza da pessoa jurídica. O erro, o insucesso ou a parcialidade das várias teorias nasce da circunstância de que se tem excogitado solução jurídica, menos ainda ou ainda mais restritamente, solução através de ramo da ciência jurídica, a ciência do Direito Civil, para um problema que, em sua essência, é filosófico. O segundo e o terceiro pontos de vista a que alude MAYNEZ dependem do primeiro ou a êle se reduzem. Se os textos legais enumeram as pessoas jurídicas e suas espécies, e se ao legislador é facultado estender senão restringir tal enumeração, é porque há uma noção de pessoa cuja aplicação ao indivíduo ou a um corpo social precede qualquer conceituação teórica meramente jurídica. Noção ou conceito analógicos, como, afinal, procuraremos mostrar.

Não se conclua, entretanto, pela impossibilidade de um ponto de partida jurídico, nessa matéria. Ao contrário: é êle indispensável, sob pena de não lograrmos sair daquelas generalidades que HUSSON considera responsáveis pela ausência de rigor e de precisão na Filosofia do Direito. Tal ponto de partida pensamos encontrar, bem expresso, no *Vocabulaire Juridique* de HENRI CAPITANT, de onde, como seria óbvio, dada a natureza do trabalho, está excluído qualquer laivo de controvérsia. Só lhe noto um defeito, fruto do possível desconhecimento do valor analógico de pessoa: a mesma definição é oferecida para designar *personalidade* e *personalidade moral, civil ou jurídica*. No primeiro caso diz-se que a personalidade é «aptidão para ser sujeito de direito», no segundo, faz-se remissão à definição anterior, acrescentando-se: «aptidão reconhecida a um grupo ou a um estabelecimento instituído pelo Estado ou por um particular, de ter, nessa qualidade, existência jurídica própria ou de ser sujeito de direito». A pessoa, também definida na

(2) EDUARDO GARCIA MAYNEZ — Introducción al estudio del Derecho, 4.ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1951 pp. 260 e ss.

perspectiva jurídica, é «o ente ao qual se reconhece a capacidade de ser sujeito de direito». (3)

3. As definições do vocabulário de CAPITANT poderiam ser aceitas pelos partidários de cada uma das diversas teorias sobre pessoa jurídica. Mas se deixam de aludir às controvérsias, no que o autor andou bem, não as eludem. Restará sempre a questão de saber como a um agrupamento ou a uma empresa, a uma associação ou a uma fundação, se pode atribuir aptidão que é característica da pessoa individual, do homem, único ente dotado de capacidade de ser sujeito de direito. Tal questão redonda no problema de fixar-se a exata natureza da pessoa jurídica.

Passemos em revista algumas das principais explicações tentadas.

Nosso CLÓVIS BEVILAQUA, em livro de 1928, enriquecido da bibliografia mais atual à época, enumera nada menos de sete teorias, incluindo entre os nomes famosos de SAVIGNY e JHERING, WINDSCHEID, KOEPPEN e BECKER, ZITELMANN e MEUREN, PLANIOL, GIERKE e ENDEMANN, e de LACERDA DE ALMEIDA, que seria autor de teoria especial, inspirada no *organicismo*; às sete teorias acrescenta uma oitava, derivada de ENDEMANN e sustentada por KOHLER, e mais uma nona, que é a do próprio autor da *Teoria Geral do Direito Civil*. Também CALOGERO GANGI, em obra recente, enumera oito teorias e mais uma, sem falar da própria, que é, tal como pretendem, invariavelmente, todos os que se ocupam da matéria, uma tentativa de conciliação dos diferentes modos de conceituar a natureza das pessoas jurídicas. Seria fácil uma referência a outras tantas maneiras de expor as várias teorias, bastando para tal percorrer as páginas dos inúmeros compêndios de Direito Civil, da Teoria Geral ou de Introdução à Ciência do Direito. Fiquemos, por uma questão de método e de comodidade, com êsses dois autores, o brasileiro e o italiano.

Foi proposital a menção do número de teorias propostas, índice das dificuldades que enfrentam os cultores do Direito para, com as luzes de sua ciência própria, deslindar a natureza da pessoa jurídica. Entretanto, nem tôdas as concepções imaginadas e expostas visam, diretamente, a essa explicação, ou se a visam não a atingem. Se tomarmos, por exemplo, a enumeração de BEVILAQUA, verificaremos que apenas quatro das teorias se referem à natureza da personalidade jurídica; as outras, ocupam-se, antes, em demonstrar quem ou quais são, na pessoa jurídica, o sujeito ou os sujeitos

(3) VOCABULAIRE JURIDIQUE, rédigé par des professeurs de Droit, des magistrats et jurisconsultes, sous la direction de HENRI CAPITANT, P.U.F., Paris, 1936.

dos direitos e obrigações. Também quatro, três das quais correspondem às de CLÓVIS, são as teorias da exposição de CALOGERO GANGI, as quais especificamente se referem à natureza da pessoa jurídica. (4) Dir-se-á que, uma vez determinado o sujeito dos direitos, evidenciada estaria a essência da personificação de entidades públicas e privadas. De certo modo, sim! A nós nos parece, porém, que a pesquisa sobre o sujeito dos direitos e obrigações, na pessoa jurídica, é já a admissão ou de que tais entidades têm realidade própria ou de que são criação do ordenamento jurídico, para servir de *pontos de imputação* de faculdades e deveres; é já, portanto, em uma ou outra hipótese, tomada de posição na controvérsia.

Por isso, parece-nos justificável a redução das teorias a três espécies; *teorias de ficção*, *teorias tendencialmente realistas* e *teorias sociológico-realistas*.

Ao objetivo do presente estudo não interessará descrição, uma a uma, das várias teorias. Limitar-nos-emos a delinear os traços mais vivos de cada uma das espécies aludidas, reservando tópico especial ao que chamaremos o *super-ficcionismo kelseniano*.

A. Não apenas SAVIGNY e os de sua escola teriam sustentado o caráter ficto das pessoas jurídicas. Embora GANGI denomine *realista* a teoria de JHERING, por outros chamada *individualista*, classificá-la-íamos, de nossa parte, entre as de ficção e encontraríamos apoio do próprio BEVILAQUA que, ao apresentá-la, o faz nestes termos: «2.ª A (teoria) que afirma ser este gênero de pessoas (as pessoas jurídicas) mera aparência, excogitada para facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito de direitos, que se lhes atribuem, os indivíduos que a compõem ou em benefício dos quais elas foram criadas». Tão ficcionista é a teoria dos direitos sem sujeito, atribuída por GANGI a BINZ e por BEVILAQUA a WINDSCHEID, KOEPFEN e BECKER, que o continuador do primeiro, SCHWARZ, dela

(4) CLÓVIS BEVILAQUA — *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed. atualizada por ACHILES BEVILAQUA, Livraria Francisco Alves, 1951, pp. 134 e ss. Sobre a natureza da personalidade jurídica são as teorias assinaladas sob os n.ºs 1, 5, 6, e 7, respectivamente: “a que considera as pessoas jurídicas simples criações do Estado, e, portanto, como *ficções legais*”, sustentadas por SAVIGNY, WINDSCHEID, ROTH, CHIRONI, VAREILLES-SOMMIÈRES, RIBAS, etc. e criticadas, entre nós, sobretudo por TEIXEIRA DE FREITAS e AMARO CAVALCANTI, além do próprio BEVILAQUA, cujas simpatias se inclinavam para o organicismo, como se mostra no texto (v. id. ib., pp. 137-140); “a que pretende ver, nas pessoas jurídicas, simples manifestações de propriedade coletiva”: é a opinião de PLANIOL (v. id. ib., pp. 138 e 147-150); “a que enxerga nas pessoas jurídicas (corporações, sociedades, fundações) *substrata* reais como os que servem de base às pessoas naturais”: é o organicismo de GIERKE, ENDEMANN, FERRAT, SALEILLES, MICHOU, BOISTEL e outros (id., ib. pp. 138 e 150-1); “a que vê nas pessoas jurídicas verdadeiros organismos sociais, dotados de alma e corpo, mas não inclui nessa categoria as coletividades, que, apenas aparentemente, funcionam como pessoas jurídicas”: é a variante organicista do nosso LACERDA.

partiu para chegar à pura e simples negação do próprio conceito de direito objetivo. (5)

B. A teoria da ficção costuma-se opor a orgânica ou germanista, a que dá GANGI o nome de *teoria da realidade* e que BEVILAQUA afirma ser “a que enxerga nas pessoas jurídicas (corporações, sociedades, fundações) *abstracta reais* como os que servem de base às pessoas naturais”.

Que o organicismo se tenha oposto, historicamente, ao ficcionismo, não há de negar. Mas é teoria *realista*? Não nos parece. Basta ver a que delírios de ficção se entregaram alguns defensores da doutrina, sobretudo quando aplicada à natureza do Estado, como pessoa jurídica: houve os que chegaram a afirmar que o Primeiro Ministro é o nariz do Estado ou que o Ministério do Interior desempenha na sociedade estatal o papel das orelhas no corpo humano, enquanto as Caixas Econômicas são comparáveis ao sistema vascular (6) LUIS RECASENS SICHES discrimina em minúcia as alucinações da teoria: no Estado, organismo biológico semelhante ao dos animais, o tecido epitelial seria representado pelas instituições protetoras da vida, da propriedade e da segurança exterior; o tecido ósseo, pela terra, as ruas, os edifícios; o tecido vascular, pelas instituições econômicas; o tecido muscular, pelas organizações técnicas do trabalho; o tecido nervoso, pelo governo com as rêsdes telegráficas e telefônicas que transmitem suas ordens; tal organismo estaria submetido às leis biológicas da geração, nascimento, crescimento, desenvolvimento, enfermidades, doença e morte; alude ainda SICHES à questão do sexo dos Estados, que seriam «masculinos, como John Bull e Tio Sam, e femininos como a bela França». (7) É de SCHAEFFLE, em livro de 1875, sôbre a «Vida e estrutura do corpo social», a descrição da pele, dos ossos, do sangue, do sistema nervoso e de alguns membros das pessoas jurídicas; quanto à diferença de sexos é invenção de BLUNTSCHLI: “O Estado é macho, a Igreja é fêmea. Por isso costuma-se dizer do Estado no aforismo: *l'État c'est l'homme*”. (8)

Não cremos haja qualquer tratadista que deixe de reconhecer o aspecto de delirante ficcionismo da teoria germânica, aplicada

(5) BEVILAQUA, loc. cit., GANGI, ib., p. 197.

(6) MAYNEZ, ib., p. 276, citando FERREIRA, *Teoria de las personas jurídicas*, trad. esp., p. 172. V. ainda PAUL ROUBIER, *Théorie Générale du Droit*, Sirey, 1951, p. 158.

(7) LUIZ RECASENS SICHES, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, Editorial Porrúa S.A., México, 1952, pp. 346-7. V. ainda ANGELO BRUCCULERI, S. J., *O Estado e o Individuo*, trad., LUIZ LEAL FERREIRA, Livraria AGIR Editora, 1948, pp. 41-2 ex JOSÉ ANTÔNIO MARAVALL *Los Fundamentos del Derecho y del Estado*, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pp. 68 e ss.

(8) BRUCCULERI, ib., pp. 42-43, MARAVALL, loc. cit.

ao Estado. *Fuori della realtà* classifica-a GROPALLI que, em sua *Dottrina dello Stato*, edição de 1952, não lhe dedica mais que uns três parágrafos. (9) REALE, em *Teoria do Direito e do Estado*, apresenta o organicismo como se tendo originado em parte da Escola Histórica de SAVIGNY e PUCHTA, o que já é significativo, e reconhece que muitos dos partidários dessa explicação entregaram-se a «exageros que nem mesmo os mais fascinados pelas ciências naturais seriam capazes de sustentar, descambando para o terreno ilusório das metáforas antropomórficas». (10) Entretanto, por que será que, ao tratar especificamente da natureza da pessoa jurídica, insistem os autores em chamar *realista* à teoria orgânica? Assim o fazem, já o vimos, CLÓVIS e GANGI, tal como EDUARDO GARCIA MAYNEZ, na esteira de FERRARA. (11) A explicação parece estar em que essa teoria não sendo em si mesma realista o é *tendencialmente*, por força de sua confessada oposição à corrente anterior, ficcionista. É a tendência em afirmar a realidade da pessoa jurídica que atrai tantos autores para as diversas correntes orgânicas. BEVILAQUA a ela filia LACERDA DE ALMEIDA, enquanto êste considera que «assim como no mundo orgânico se nos depara o dualismo do espírito e da matéria, é possível descobrir na pessoa jurídica, seja uma associação ou uma fundação, o espírito e o organismo, a *idéia que busca órgãos, para manifestar-se, e órgãos onde a idéia se encarna ou busca realizar os seus destinos*». Também os pontos de vista de ENDEMANN e KOHLER, pelos quais o juriconsulto brasileiro não esconde suas simpatias, são aproximados aos da escola orgânica. Assim, BEVILAQUA deveria, coerentemente, tê-los como expressão de *realismo*, sem embargo de assinalar que, para os autores citados, se os dois gêneros de pessoas — as corpóreas e físicas e as morais ou jurídicas. — «são igualmente reais», ocorre entre elas uma distinção que está em que «umas são dotadas, naturalmente, de razão, ao passo que, às outras, a racionalidade é parcialmente adquirida, mediante um arranjo especial do homem»; e mais que «a pessoa jurídica não é um homem fictício, porém *uma pessoa real, criada pela ordem jurídica*». Orgânico-realista ou, antes realista, embora organicista, é a própria tese de CLÓVIS BEVILAQUA que, brilhantemente, dá sua contribuição pessoal à fixação do *conceito da pessoa jurídica*. Partindo da natureza social do homem, *zoon politikon*, o jusfilósofo brasileiro estabelece, de início, a *existência real do Estado*, que «não é, diz, um simples produto da imaginação». A seguir, de-

(9) ALESSANDRO GROPPALI, *Dottrina dello Stato*, ott. ediz., Dott. A. Giuffrè, editore, Milano, 1952, pp. 14-15.

(10) MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, Livraria Martins, Editôra, São Paulo, 1940, p. 44, especialmente nota n.º 23.

(11) MAYNEZ, *ib.*, pp. 275 e ss.

monstra que o Estado não se apresenta como «um todo compacto e inteiriço; é, antes, um composto de centros diversos de organização, que lhe são subordinados»: tais os *Estados federados*, as *provincias*, os *municípios* e ainda *outros círculos menores*, movendo-se *dentro de um organismo mais vasto*, mas *dotado de força vital própria*. «Reconhecendo a vida autônoma dessas corporações políticas — insiste BEVILAQUA — não criamos nenhuma ficção, traduzimos, na linguagem do direito, fatos da vida, que caem sob as vistas do observador comum». E o que reconhece como *irrecusável* em relação às coletividades de ordem política, afirma também das coletividades constituídas na ordem privada, ou das associações: «com a associação, escreve nosso autor, se forma *um corpo social dotado de interesses jurídicos próprios*, o qual, do mesmo modo que o indivíduo, deve ser juridicamente reconhecido *como existindo realmente*, como dotado de atividade, e *não como um ser fictício*. (12)

As correntes examinadas até aqui, tôdas revelando um esforço por superar o ficcionismo da escola de SAVIGNY, mas sem quererem ou sem poderem negar a criação *pela lei* das pessoas jurídicas, poderíamos acrescentar a opinião de PLANIOL, para quem «a idéia da personalidade fictícia é concepção simples, mas superficial, que oculta a persistência, até o presente, da *propriedade coletiva*, ao lado da propriedade individual. (13) Essa teoria, abandonada até mesmo por GEORGES RIPERT, nas sucessivas edições da obra fundamental do civilista francês, (14) deve inscrever-se, entretanto, entre as reações a favor da natureza *real* da personalidade jurídica. Classifica-se, pois, ao lado das teorias que nos propusemos denominar *tendencialmente realistas*.

C. A tendência realista parece haver-se cristalizado no institucionalismo francês de fundo sociológico. BEVILAQUA alude apenas ao fundador da escola, HAURIOU, e o faz em nota de pé de página, filiando-o a certa variante francesa do *organicismo*, para o que se apoia em VAREILLES-SOMMIÈRES, *Persones Morales*. (15) Compreende-se a omissão. É que, embora HAURIOU, já na primeira edição do *Principes de droit public*, 1910, houvesse esboçado sua doutrina, só veio a oferecer-lhe completa elaboração em *La théorie de l'institution et de la fondation*, aparecido depois de sua morte, no *Cahiers de la nouvelle journée*, n.º 4, Paris, 1925, ensaio que se reproduziu no n.º 26 da mesma publicação, sob a forma de capítulo do *Aux Sources du Droit*, págs. 89 a 128, 1935; quanto aos outros pro-

(12) BEVILAQUA, *ib.*, p. 158.

(13) *id.* *ib.*, p. 147

(14) V. refs. BEVILAQUA, nota 19, p. 148, GANGI, nota 1, p. 195 e texto, p. 194.

(15) BEVILAQUA, *ib.*, nota 23, p. 151.

pugnadores do institucionalismo, sobretudo RENARD, DESQUEYRAT, CLÉMENS e DELOS, escreveram a partir de 1930 (16). Dificilmente perdoável é a falta de referência em CALOGERO-GANGI. Seu *Personne physique e persone giuridiche* cita incidentalmente a HAURIUO, que, na França, entre escritores de Direito Administrativo e ao lado de SALEILLES, teria sustentado opinião conciliatória, semelhante às de ENNECCERUS, LEONHARD, BEHREND, COSAK, etc., para os quais “as pessoas jurídicas não passam de organizações ou instituições para a obtenção de um escopo determinado» (17). Sobre os demais institucionalistas, nem uma palavra.

O importante na escola francesa é, segundo julgamos, o seu ponto de partida sociológico. TIMASHEFF, em estudo que lhe dedicou, assinala que o institucionalismo, através de alguns dos seus expositores, se vincula às correntes alemãs que combateram a teoria da ficção, sobretudo às obras de OTTO GIERKE; e recebeu o influxo das idéias de DURKHEIM, baseadas num realismo sociológico extremo. Mas o que os seguidores de HAURIUO procuraram foi uma *via media*, pois interessava-lhe mostrar ser possível “atribuir realidade aos grupos sociais sem recorrer à analogia organicistica nem à hipótese de espírito de grupo ou da consciência coletiva, tal como a postulava DURKHEIM». E acrescenta o sociólogo-jurista de Fordham que os institucionalistas encontram a chave do problema da personalidade jurídica na *comunhão dos homens em torno de uma idéia organizadora ou diretiva*: “a presença de tal idéia, mais ainda sua ma-

(16) N. S. TIMASHEFF, *The Sociological Theories of the french institutionalists*, in *Thought* (Fordham University Quartely), vol. XXI, September, 1946, n.º 82, pp. 493-512 reúne bibliografia quase completa, citando, além das obras de HAURIUO referidas no texto (menos *Aux Sources du Droit, le Pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée, 23, Librairie Bloud & Paris, 1933), mais as seguintes: de GEORGES RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1930 e *La Philosophie de l'institution*, Paris, 1939; de A. DESQUEYRAT, *L'Institution, Le droit objectif e la technique positive*, Paris, 1933; de RENÉ CLÉMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Paris, 1935; e de J. T. DELOS, *Le problème de la civilisation, La Nation*, Éditions de l'arbre, Montreal, 1944, 2 vols.

Acrescente-se: de A. DESQUEYRAT, o estudo fundamental publicado em *Archives de Philosophie*, vol. XII (Études de Morale et de Droit), 1936, sob o título de *L'Institution, sa nature, ses espèces, les problèmes qu'elle pose*, 65-115 e mais, em *Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique*, Sirey, n.ºs 1-2, 1931, os artigos de GASTON MORIN, *Vers la revision de la technique juridique, le concept d'institution*, pp. 73-85; de J. T. DELOS, *La théorie de l'institution. La solution realiste du problème de la personnalité morale et le Droit à fondement objectif*, pp. 97-153; e de GEORGES GURVITCH, *Les idées-maitresses de Maurice Hauriou*, pp. 155-194.

É sabido que as idéias dos institucionalistas franceses repercutiram na Itália, sobretudo depois das obras de SANTI-ROMANO. *Lo Stato moderno e la sua crisi*, de 1910 e *L'ordinamento Juridico*, de 1918.

(17) GANGI, *ib.*, p. 198.

nifestação na ação, é *fato observável não construção mental*, e é este fato que realmente liga, uns aos outros, homens que formam um grupo social. A idéia, continua o comentarista, é a forma substancial, os homens imbuídos dela a matéria-prima. Trata-se de uma afirmação no estilo do hiloformismo" (18).

Mas o realismo sociológico não se manifestou como tal desde o início. Ao contrário. Para TIMASHEFF, — e esta observação explica certa perplexidade que se nota em todos os expositores do institucionalismo — HAURIUO formulou sua doutrina num contexto platônico. De fato, vejamos no próprio criador da escola o que é instituição e que elementos a compõem:

«As grandes linhas dessa nova teoria, escreve HAURIUO, são as seguintes: uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa idéia, organiza-se um poder que lhe proporciona órgãos; de outra parte, entre membros do grupo social interessado na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelo órgão do poder e reguladas por determinados processos». A seguir, distingue o autor as instituições que se personificam das que não se personificam. Às primeiras chama *instituições-pessoas* ou *corpos constituídos* (Estado, associações, sindicatos): o poder e as manifestações de comunhão interiorizam-se no quadro da idéia, que, sendo a princípio objeto da instituição corporativa, se transforma em sujeito da pessoa moral que como que brota do corpo constituído (*se degage dans le corps constitué*); nas segundas — *instituições-coisas* — não há interiorização de poder e das manifestações de ação: umas e outras existem no meio social, mas exteriores à idéia (a regra de direito é o exemplo de HAURIUO de uma instituição-coisa, cujo estudo, aliás, não desenvolveu, ficando-se no exame da primeira espécie de instituição (19).

Evidencia-se, na exposição transcrita, que a idéia de HAURIUO habita o mundo platônico, ao lado das outras idéias-realidade. Com certo pitoresco TIMASHEFF anota que o erro do fundador do institucionalismo consistiu em atribuir ação espontânea a idéias desencarnadas: «lendo HAURIUO, escreve o sociólogo russo-americano, somos inclinados a pensar que, para êle, as idéias equivalem a espíritos dotados de vontade livre e capazes de encarnar-se em homens, à sua escolha» (20).

A contribuição dos sucessores de HAURIUO pode caracterizar-se pelo esforço em fazer descer do céu platônico à terra chã e real a *idéia organizadora e diretiva* do fundador da escola. Para RENARD,

(18) TIMASHEFF, estudo cit., p. 495.

(19) HAURIUO, Aux Sources, cit., pp. 96-7.

(20) TIMASHEFF, est. cit., p. 496.

a instituição continua a ser *comunhão de homens numa idéia*. Mas talvez contra o jurista, que depois se fêz padre dominicano, possa ser argüido algum excesso na preocupação de submeter a *idéia* de HAURIOU a tratamento análogo ao que ARISTÓTELES aplicou à teoria das idéias de seu mestre PLATÃO. Assim é que essa *comunhão* na *idéia* acaba sendo identificada a um *organismo jurídico*. Retenha-se o fato, porém, de que, sobretudo após a publicação das obras de DESQUEYRAT e CLÉMENS, que influenciaram o segundo volume de *La Philosophie de l'institution*, RENARD expressamente afirma não ser apenas lógico mas também *real, existencial* o laço que prende entre si os membros de uma instituição-pessoa (21). Em DESQUEYRAT, que estudou de modo especializado a *fundação*, a *idéia* organizadora ou diretiva é a finalidade, o fim comum ou social, o bem comum a realizar (22). CLÉMENS e DELOS são confessadamente mais sociólogos que seus predecessores. O primeiro começa o seu estudo pela afirmação de um fato: *há homens que se agrupam*. «A realidade do grupo social é um fato, diz êle, e é um abuso do legislador declará-lo mera ficção». DELOS, para quem o principal problema é ainda o da realidade dos grupos sociais, apresenta-se o mais *objetivo* dos institucionalistas. Com êle quase se consoma a *aristotelização* da *idéia* diretiva e organizadora, pois as relações que se estabelecem, na pessoa jurídica, não se fazem diretamente de membro a membro ou através de todo, mas mediante um *objeto* ou uma finalidade concreta (23). Em seu comentário ao primeiro volume do Tratado da Justiça de SANTO TOMÁS, edição da *Revue des Jeunes*, referindo-se ao *estado de sociedade* que uma relação jurídica estabelece, DELOS afirma que, nêle, “as pessoas são os elementos de uma *situação objetiva*, porque os individuos se fixam numa realidade exterior a êles, o objeto. São possuídos pelo objeto. Se êste determina suas relações, relativamente a êste se estabelece seu equilíbrio. E então, em tôda relação jurídica, o objeto — o fim ou a *idéia*, se se quiser — desempenhará papel central e determinante” (24).

4. Com os institucionalistas respira-se atmosfera de mais realidade. A pessoa jurídica é um fato observável, experimental, empírico. Cabe-lhes certamente a censura que lhes faz TIMASHEFF de haverem identificado a ordem legal e a ordem social (25). Mas, es-

(21) Id., ib., pp. 499-502 e 507-8.

(22) Id., ib., p. 502-4.

(23) Id., ib., pp. 508-10.

(24) SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique, La Justice*, tome premier, trad. M.S. GILLET, O.P., notes et appendices par J. TH. DELOS, O.P., 2me. ed., Desclée, Paris, 1948, p. 236.

(25) TIMASHEFF, ib., p. 512.

tudando como sociólogo as doutrinas de HAURIOU, RENARD, DESQUEYRAT, CLÉMENS e DELOS, o autor de *An Introduction to the Sociology of Law* nelas surpreende a ênfase dada ao aspecto legal da vida em sociedade; consideradas, ao contrário, sob o prisma jurídico, deixam-nos elas a impressão de que as pessoas jurídicas se diluem no grupo social.

Por isso, a teoria de KELSEN, em confronto com as correntes tendencialmente realistas e com o realismo sociológico aparece-nos à maneira de um como desfôrço do pensamento jurídico puro. MAYNEZ a capitula entre as teorias realistas, junto ao organicismo, sob suas várias manifestações, e ao sociologismo, baseado na existência de uma alma coletiva. Em sentido oposto, chamamos-lhe *super-ficcionismo*. Observe-se que o tratadista mexicano, ao abordar a essência da pessoa jurídica, não estuda, especificamente, a opinião de KELSEN. Incorpora-a à de FERRARA e considera a ambas realistas, enquanto, ao que parece, atendem, de modo especial, ao aspecto jurídico do problema. Mas, no final de sua crítica ao mestre italiano, afirma-o partidário da teoria da ficção, pois, para êle, o *reconhecimento* da personalidade jurídica pelo Estado (KELSEN dirá pelo «direito do Estado») tem caráter constitutivo. FERRARA pretende opor-se aos que emprestam a tal reconhecimento *valor certificativo* (SAVIGNY, entre outros) ou significação meramente *declarativa* (BESELER, GIERKE e quase todos os chamados realistas) e à posição intermediária adotada por KARLOWA, segundo a qual o Estado apenas *confirma* a existência de pessoa jurídica. «Dizer que reconhecimento, escreve MAYNEZ, é ato *constitutivo* da personalidade jurídica equivale, no fundo, a sustentar opinião essencialmente idêntica à defendida por SAVIGNY e seus adeptos» (26).

Já KELSEN nos parece cair em igual contradição por outro motivo, muito mais radical. O criador da *Teoria Pura do Direito* leva ao cúmulo o ficcionismo, porque, a seu ver, a própria pessoa natural é mera *construção do pensamento jurídico*. Na pessoa física ou natural não vê êle mais que um “conceito auxiliar de que se pode fazer uso, mas cujo emprêgo não é necessário para representar determinados fenômenos jurídicos». Recusa, assim, a tradicional identificação da pessoa natural ou física com o ser humano individual. Trata-se de definição incorreta, acentua, «porque homem e pessoa não são apenas dois conceitos heterogêneos, mas também resultam de pontos de vista inteiramente distintos». E precisa: «homem é um conceito da biologia e da fisiologia, em uma palavra, das ciências naturais. Pessoa é um conceito da jurisprudência, uma noção derivada da análise de normas jurídicas». Há aqui uma intuição do

(26) MAYNEZ, *ib.*, pp. 281-2.

valor analógico do conceito de pessoa, ao qual voltaremos no decurso de nosso trabalho. Expressamente com o intuito de melhor formular seu pensamento, escreve ainda KELSEN: «a pessoa física ou natural é a personificação de um conjunto de normas que, por constituir deveres e direitos nos quais se contém a conduta de um e mesmo indivíduo, resultam em regra imposta ao comportamento de tal indivíduo». E mais: «a relação entre a chamada pessoa física ou natural e o ser humano com o qual a primeira é a miúdo indevidamente identificada, consiste no fato de que as obrigações e direitos subjetivos compreendidos no conceito da pessoa se referem todos à conduta de um ser humano». Exemplifica: «dizer que um escravo não é juridicamente pessoa, ou não tem personalidade jurídica, significa que não há normas jurídicas que qualifiquem a sua conduta como dever ou como direito. Declarar que um homem A é um sujeito de direito, ou tem personalidade jurídica, quer dizer, ao contrário, que existem tais normas. A *pessoa A* é o conjunto de tôdas as normas jurídicas que qualificam os atos de A como deveres ou direitos. Podemos falar da personalidade de A quando concebemos essas normas à maneira de uma só unidade e a personificamos».

Com base nesse conceito *normativista* de pessoa, KELSEN teria de concluir que a *pessoa física é, na realidade, uma pessoa jurídica*. Note-se: a pessoa física, enquanto conjunto de normas jurídicas, ou sua personificação; ou, antes, a pessoa física ou natural a que aludem os códigos. É ela a pessoa jurídica propriamente dita, segundo KELSEN. E que será a *pessoa jurídica* que a ciência do Direito e os ordenamentos positivos no geral opõem à pessoa física? KELSEN não vê diferença alguma entre pessoa física (que, para êle, é pessoa jurídica) e a *pessoa jurídica* da ciência e dos códigos: “A relação entre homem e pessoa física não é mais estreita do que a que medeia entre homem e pessoa jurídica em sentido técnico. Declarar que tôda pessoa jurídica é, no fundo, um sujeito de direito, e que só as pessoas jurídicas existem no reino do direito, é, afinal de contas, apenas uma tautologia”.

Para KELSEN, portanto, pessoa física é pessoa jurídica e é ficção. Há identidade entre pessoa física e pessoa jurídica (exemplo, a sociedade); logo, pessoa jurídica, no sentido técnico da expressão, é construção do pensamento jurídico: aqui se patenteia o *super-ficcionalismo kelseniano*.

Mas o homem, absorvido pela ficção jurídica na pessoa física ou natural, reaparece na sociedade, *caso típico*, segundo KELSEN, «de uma pessoa jurídica (no sentido técnico e estrito da palavra)». É que «ao dizer-se que a sociedade, como pessoa jurídica, entra em transações legais, faz contratos, apresenta exigências, etc., ou que tem deveres e direitos porque a ordem jurídica lhos impõe ou confere, tais juízos são, obviamente, meras figuras de linguagem. Não se

pode negar, a sério, que atos e omissões só podem existir em relação com seres humanos». Ao autor não interessa discutir propriamente a natureza da pessoa jurídica: «o único problema, diz, é o de estabelecer o caráter específico daquêles atos e omissões e explicar porque são interpretados como atos e omissões da sociedade, enquanto sujeito de direito». E a solução: «na realidade, os atos de uma pessoa jurídica são sempre atos de seres humanos considerados como atos da pessoa jurídica». Esclarecendo, agora, o sentido da afirmação, que tem todo o ar de uma tautologia, acrescenta KELSEN: «trata-se de atos dos indivíduos que agem como órgãos da pessoa coletiva». Notar que, a esta altura, pessoa jurídica aparece como pessoa coletiva, denominação que já merecera justificada crítica de CLÓVIS BEVILAQUA (26-A). Mas prossegue o autor: «dizer que a associação tem órgãos significa o mesmo que afirmar que os indivíduos que a formam estão organizados por uma ordem normativa». E, implacável em sua coerência normativista, KELSEN acrescenta: «A ordem ou organização constitutiva da sociedade é seu estatuto, isto é, um conjunto de normas que regulam a conduta dos membros». Assim, voltamos à idéia de personificação de um conjunto de normas: «A pessoa jurídica, define KELSEN, no sentido estrito da palavra outra coisa não é senão a personificação de uma ordem que regula a conduta de vários indivíduos, ou, por assim dizer, um ponto comum de imputação de todos aquêles atos humanos determinados pela mesma ordem. A chamada pessoa física, continua, é a personificação de um conjunto de normas que regulam a conduta de um e mesmo indivíduo. O substrato da personificação é, pois, em princípio, o mesmo em ambos os casos. Só se pode encontrar uma diferença entre os elementos que conferem unidade ao complexo de normas personificadas» (27).

5. «O substrato da personificação é, pois, em princípio, o mesmo, em ambos os casos», isto é, quer se trate da pessoa física, natural, ou da pessoa moral, jurídica. Está aqui a grande intuição de KELSEN, que, sem dúvida, se ocupou do tema com profundidade maior que a de qualquer outro. Fiel, porém, à sua teoria, na qual

(26-A) BEVILAQUA, op. cit., pp. 136-6: "A expressão *peçoas coletivas* goza ainda das simpatias de alguns escritores estimados; mas, provavelmente, porque ainda não atenderam para a impropriedade do termo em casos numerosos e típicos. Perante o Direito Romano, como se há-de dizer que as *heranças jacentes* são pessoas coletivas? Em face do direito moderno, certamente não traduziríamos bem a realidade das coisas, afirmando que as fundações são pessoas coletivas. Umás e outras são *universitates bonorum*, ainda que a administração desta última seja ordinariamente confiada a uma corporação".

(27) HANS KELSEN, *Teoria General del Derecho y del Estado*, trad. EDUARDO GARCIA MAYNEZ, Imprenta Universitaria, México, 1950, pp. 95-112.

se identificam direito e norma, só num complexo de disposições legais poderia ver aquêlê substrato comum. E aí reside o aspecto decepcionante de sua doutrina, o que terá levado, por exemplo CALOGERO GANGI a lhe dedicar apenas cinco linhas, que arrematam uma síntese feliz: "Pessoa seria uma expressão destinada a indicar a unidade de um complexo de normas, um ordenamento jurídico parcial" (28). Pessoa, mera expressão, *flatus vocis*: o superficcionalismo de KELSEN é, tipicamente, mais um aspecto do nominalismo filosófico.

Seja como fôr, a teoria do mestre austríaco-americano constitui um aceno a novas e estimulantes pesquisas.

Temos para nós que seu êrro fundamental consistiu em considerar heterogêneos os conceitos de homem e de pessoa. Não são heterogêneos; comportam-se, um em relação ao outro, como o conceito analógico em relação a um de seus analogados. Evidencia-se a qualquer o arbitrário da afirmação de que *homem* é conceito da biologia e da fisiologia, e *pessoa*, conceito da jurisprudência. Então não há um conceito de *pessoa* na ordem teológica, como na ordem filosófica, na ordem sociológica e até mesmo na ordem do conhecimento vulgar?

Permita-se-nos recordar aqui velha anedota. O professor desejava obter do examinado uma definição de pessoa jurídica. Não aparentava o aluno ter a menor idéia do que se tratava. Perguntou-lhe, então, o professor:

— Você, por exemplo, é uma pessoa jurídica?

E o rapaz, com ar de compungida modéstia.

— Ah! eu não!

— E eu? retrucou o professor.

— Ah! o senhor é! apressou-se em dizer o examinado.

Dentro da teoria de KELSEN, os dois figurantes da anedota seriam um e outro pessoas jurídicas.

Mas para dar uma idéia do valor analógico do conceito de *pessoa*, imaginemos uma variante do diálogo. Se o professor, desejando encaminhar o aluno para uma resposta certa lhe perguntasse de repente: — o senhor é uma pessoa? — por mais confuso e deprimido que se encontrasse o examinando, responderia com uma afirmativa peremptória e vivaz:

— É claro; sou uma pessoa!

E se o mestre fôsse um kelseniano obstinado, teria de retrucar enérgico:

— Não; o senhor é apenas um ente biológico...

6. «A noção de *pessoa* — MARITAIN no-lo recorda em *La personne et le Bien Commun* — é uma noção analógica que só se

(28) GANGI, op. cit., p. 98.

realiza plena e absolutamente em seu analogado supremo, em Deus, no Ato puro» (29).

Recordemos, ainda que em pálido resumo, o que significa uma *noção* ou um *conceito analógico*. O tema é seu tanto ou quanto difícil, e não são raros os autores de compêndios de filosofia que contribuem para tornar a matéria ainda mais obscura. Em recente obra de *Filosofia do Direito*, o Sr. MIGUEL REALE coloca a *analogia* como a primeira forma do conhecimento mediato e se exime de maiores considerações a respeito, alegando que «a analogia deve ser familiar como processo de inferência jurídica». O professor paulista teria em mente o dispositivo do artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em que se determina que, omissa a lei, o juiz decida o caso com *analogia*, os costumes e os princípios gerais de direito. Assinale-se, porém, que não é do raciocínio analógico que tratamos, o qual melhor se chamaria «raciocínio por similitude», como está, aliás, na definição de analogia do compêndio citado: «A analogia consiste na extensão a um caso particular semelhante das conclusões postas pela observação de um correlato ou afim, em um raciocínio por similitude». (30)

A analogia de que nos ocupamos refere-se ao próprio *conceito* e «às coisas nas quais se realiza e é, como acentua MARITAIN, pelo menos na analogia de proporcionalidade própria, uma propriedade intrínseca do conceito mesmo» (31).

O conceito *análogo*, aplica-se, pois, a realidades diversas, mas que têm entre si, e com o próprio conceito, alguma relação de semelhança. Compreender-se-á melhor o que seja conceito analógico, examinando as três espécies possíveis de analogia. Ei-las, num esquema inspirado em MARITAIN (32):

I. *Analogia de atribuição ou de relação*: verifica-se quando um conceito em si mesmo unívoco (isto é, que se aplica com o mesmo nome e com o mesmo sentido a vários sujeitos) — são que se diz de um organismo — é transferido a outros sujeitos — são dito de um clima — em virtude da *relação* ao objeto de pensamento designa-

(29) JACQUES MARITAIN, *La Personne et le Bien Commun*, Desclée de Brouwer, Paris, 1947, p. 49.

(30) MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1952, tomo I do vol. I, pp. 139-140.

(31) JACQUES MARITAIN, *Éléments de Philosophie*, II, *L'ordre des concepts. Petite Logique*, Pierre Téqui, libraire-éditeur, 1933, pág. 336. É importante observar que MARITAIN apenas se refere ao raciocínio por analogia (*raisonnement par ressemblance*, prefere ele dizer); quanto ao problema da analogia, considera que deve ser tratado na Lógica Maior e na Metafísica (v. nota n.º 27, na mesma página).

(32) Id., *Distinguer pour unir ou les degrés du savoir*, Desclée de Brouwer, Paris, 1932, anexo II, *De l'Analogie*, pp. 821-6.

do pelo primeiro conceito (clima são porque é causa de saúde — da saúde do organismo);

II. *analogia metafórica ou de proporcionalidade imprópria*: ainda aqui se joga com termo unívoco — a águia, por exemplo, designativo de um pássaro — que se transfere a outros sujeitos — águia que se diz de um orador, como de RUI se dizia que era «águia de Haia» — em virtude da *semelhança* de relação que têm, respectivamente, êste sujeito (o orador, RUI) com um certo termo (alta eloquência) e o objeto significado pelo primeiro conceito (pássaro) com um outro termo (vôo alto);

III — *analogia de proporcionalidade própria ou de proporção*. Aqui já o conceito em causa é, êle mesmo, análogo (*cognoscente* — ou capaz de conhecer — que se diz dos sentidos e da inteligência; *ser*, que se diz da criatura e de Deus) designa êle, em cada um dos sujeitos aos quais aplica, «algo que é modificado pela *semelhança de relações* que têm respectivamente um desses sujeitos (os sentidos) como o termo (conhecimento) designado nêle por êsse conceito, e o outro (inteligência) com o termo (conhecimento) designado nêle pelo mesmo conceito». Neste caso, os conceitos parecem a princípio unívocos, o espírito se utiliza dêles unívocamente para, a seguir, *descobrir* que são análogos. É êsse, segundo MARITAIN, o sentido da expressão de CAJETANO, quando diz que os conceitos análogos são antes conceitos unívocos que depois se tornaram análogos.

7. Que espécie de analogia vigora ao aplicar-se o termo *pessoa* ao homem tomado individualmente — *pessoa natural* do nosso Código Civil, art. 2.º — e à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às associações, às fundações, às sociedades mercantis — *peçoas jurídicas*, art. 13 e seguintes do C.C.B.? Tal aplicação revelará a procurada e controvertida natureza das pessoas jurídicas?

Quando os autores aludem à ficção legal para qualificar a personalidade jurídica, quando, por mais que se esforcem não conseguem escapar à noção de que os direitos subjetivos, sinal da pessoa natural, por extensão, da pessoa jurídica, são criados pelo ordenamento positivo, quando uns poucos dentre dêles, KELSEN, sobretudo, experimentam a necessidade de considerar os dois gêneros de pessoas sob o mesmo prisma ou com substrato comum, parecem tocar de perto a analogia da qual ora se aproximam ora se afastam, sem, entretanto, em momento algum, se capacitarem de sua presença no conceito de *pessoa* (33). É que as noções analógicas, em geral — e a de *pessoa* é

(33) V. em BEVILAQUA, op. cit. pp. 153-4 o quase recurso à analogia para explicar a natureza das pessoas morais. Trata-se de um resumo da teoria de KOHLER, que "contribuiu, consideravelmente, para que o pensamento jurídico se libertasse de certas sutilezas metafísicas e exageros doutrinários". Ali já se percebe a intuição de que ser portador de direitos subjetivos, é característico do homem como ente moral ou como pessoa racional. KOHLER não

uma delas — só aos poucos patenteiam sua natureza íntima, sendo preciso como que um trabalho de invenção ou de descoberta para atingir-se a plenitude de sua significação.

8. A própria expressão *personalidade jurídica*, aplicada a entidades públicas e privadas, é relativamente nova. Assinalam os tratadistas de Direito Romano que o povo tido e havido como criador da arte senão da ciência jurídica não conheceu, propriamente, a noção de pessoa moral ou jurídica. Tinham, porém, a realidade, sublinha o mestre ALEXANDRE CORREIA: quer fôsem os *collegia* (universitates, sodalitates, corpora), «associações de pessoas com escopo comum», de fins ora religiosos, ora esportivos, ora lucrativos — *societates publicanorum* (para a arrecadação de impostos), *corpora aurofodinarum* vel *argentifodinarum* vel *salinarum* (para a exploração de minas de ouro, prata e sal); quer ainda os *municipia*, as *coloniae*, as *civitates*; no plano do direito público, o *populus romanus*, «máxima organização dos homens livres e cidadãos romanos». Quanto às *fundações* só aparecem no direito pós-clássico, por influência do Cristianismo e são *entes* «constituídos por um complexo de bens destinados a um escopo determinado», sobretudo instituições de beneficência (*piae causae*) (34).

As *societates unibus rei* nascem da necessidade de se criarem grupos para o trabalho comum e o desenvolvimento dos meios de produção. Depois, a criação de rebanhos e a agricultura dão origem ao *consortium familiare*, que, segundo a descoberta, feita em 1933, por ARANGIO-RUIZ, de novos fragmentos de GAIUS, existiu no mais antigo direito romano, ao lado das *societates omnium bonorum*. O *consortium familiare*, informa HENRI DECUGIS, em cujo *Les étapes du droit* colhi êsses dados, tem as características das *communautés taisybles* do direito francês medieval, do *Gesamte Hand* dos germânicos ou de igual instituto do velho direito inglês: todos os membros da família, unidos em tórno do pai, *tenancier*, para o tra-

escapa à sedução do ficcionismo, tanto que afirma poderia a ordem jurídica atribuir a qualidade de pessoa "a qualquer ser, uma árvore ou um animal". Não o faz, porque os sujeitos de direito devem ser, "ao menos em sua generalidade", capazes de agir racionalmente. (Capacidade de agir racionalmente e capacidade de ser pessoa, ou antes, ser pessoa, a nosso ver, são expressões que se equivalem em tôda a linha). Resistindo à solução ficcionista, KOHLER cai no *antropomorfismo*. Sujeito de direito é, em primeiro lugar, o homem, — diz — "que é um ser dotado de razão, e, depois, os seres aos quais se pode fornecer a razão humana pela anexação de órgãos". No esforço que faz para integrar a teoria de KOHLER no pensamento realista, BEVILAQUA aproxima-se, como só KELSEN o faria depois mais que o jusfilósofo brasileiro, da aplicação de analogia ao problema da natureza das pessoas morais, quando afirma, ao terminar sua exposição: "A noção de pessoa é mais extensa do que a de homem".

(34) ALEXANDRE CORREIA, Manual de Direito Romano, 2.º ed., vol. I, Saraiva, São Paulo, 1953, pp. 51-2.

balho comum, vivendo sob o mesmo teto e comendo na mesma mesa — *à un même pain et pot* —, filhos adultos casados ou não, todos como có-proprietários, *joint-tenants*, *co-perceners*. É essa arcaica *indivisão familiar* a origem remota da noção de personalidade civil. Bem antiga, pois, a realidade. DECUGIS encontra em A. MESTRE, *Les personnes morales e le problème de leur responsabilité pénale* (tese de doutorado, 1899), texto de PLUTARCO relatando que «os ercomenianos, vizinhos dos de Querónia e inimigos por causa da vizinhança, contrataram um caluniador, advogado romano, o qual acusou todo o corpo da cidade, como se nem mais nem menos se tratasse de uma pessoa privada, do assassinato cometido contra a pessoa de um romano... a cidade ganhou a causa». Entretanto, a expressão com que modernamente se designa essa realidade «só se introduziu paulatinamente e com muita dificuldade», diz-nos o mesmo DECUGIS: o direito positivo francês não a admite antes do século XVII e apenas para as sociedades comerciais. As sociedades civis tiveram que esperar o século XIX para serem oficialmente consideradas pessoas morais: a Córte de Cassação decidiu, em 1891, «que as sociedades civis constituem, enquanto durarem, uma pessoa moral, que é proprietária do fundo social» (35).

A tomada de consciência do valor analógico do conceito de *pessoa*, aplicado à personalidades jurídica, parece-nos, pois, que só se vai revelando agora, depois de cristalizada a expressão na Ciência do Direito e em seu exercício. Ocorrerá, em relação a essa tomada de consciência, algo semelhante ao que se dá com a expressão *corpo místico*, referente à Igreja. É de nossos dias (29 de junho de 1943) a encíclica do Pio XII *Mysticis Corporis Christi*, da qual disse, aliás, MARITAIN que «é, na verdade, a Carta Magna da doutrina cristã de pessoa» (36). Sôbre nosso tema, o documento pontifício projeta esplêndida luz. Muito lucrariam os juristas se se detivessem mais em seu exame. Quanto a nós brasileiros, temos o privilégio de contar com vigoroso comentário de seu texto, escrito por um teólogo e filósofo, nosso patricio, de fama mundial, o Pe. Dr. M. TEIXEIRA LEITE PENIDO, além do mais um especialista no estudo do método analógico (37). Os esclarecimentos que o autor de *Le rôle de l'analogie en théologie dogmatique* escreveu sôbre a encíclica, sobretudo

(35) HENRI DECUGIS, *Les étapes du Droit des origines à nos jours*, Recueil Sirey, Paris, 1946, tome II, pp. 229-256.

(36) MARITAIN, *La Personne et le Bien Commun*, cit., pp. 23-24, nota n.º 3.

(37) PE. DR. M. TEIXEIRA-LEITE PENIDO, *O Corpo Místico*, Editôra Vozes Limitada, 1944. Diz MARITAIN, *Les Degres*, cit., pág. 825; "Sur la question du princeps analogorum nous partageons l'opinion de Penido, Garrigou-Lagrange, Le Rohellec, qui est celle de Cajetan et de Jean de Saint-Thomas". Isto mostra a importância do pensamento de PENIDO, nessa matéria.

os que se contêm no capítulo VII, servir-nos-ão, afinal, de roteiro, na resposta à pergunta com que iniciamos o presente tópico.

Antes, notemos que BEVILAQUA (38) inscreve, antes de várias denominações dadas às pessoas jurídicas, a de *pessoa mística*. GANGI afirma que se deve, entre outros canonistas, a FINIBALDI DEI FIESCHI, que se tornou Papa com o nome de Inocêncio IV (pontificado de 25 de junho de 1243 a 7 de dezembro de 1254 (39), a exata concepção da corporação como *universitas*, distinta, tanto dos membros individualmente considerados quanto de sua totalidade: «havendo concebido a Igreja como um *corpus mysticum*, diz o civilista italiano, FINIBALDI DEI FIESCHI, estendeu êsse conceito *abstrato e fictício* a todos os entes corporativos, que, desde então, passaram a ser considerados como pessoas». (40) A informação não é confirmada por PENIDO que, aludindo a trabalho de HENRI DE LUBAC, S. J., *Corpus Mysticum, étude sur l'origine et les premiers sens de l'expression*, afirma que o termo «veio a lume no IX século, para designar o corpo sacramentado de Cristo; só no fim do século XII (antes, portanto, da época assinalada por GANGI), passou a designar a Igreja e foi oficialmente consagrada, em 1302, por BONIFÁCIO VIII, na Bula *Unam Sanctum*. Ainda de PENIDO é a referência à notícia de Fr. FIDELIS OTT, o. f. m., que diz haver sido usada a expressão já no século IX, em obra de RATRANUS CORBEIENSIS, para designar a Igreja (41).

Seja como fôr, o que importa notar é que uma das aquisições da *Mystici Corporis Christi*, cujo especial interêsse para o objetivo dêste nosso modesto trabalho não precisará ser encarecido, consistiu na discriminação entre *corpo natural* ou *físico, corpo moral* (pessoa jurídica) e *corpo místico*:

«... se considerarmos a relação entre o todo e os diversos membros em todo e qualquer corpo físico dotado de vida, os membros particulares destinam-se, em última análise, unicamente ao bem de todo o composto, ao passo que tôda sociedade de homens, considerado o fim último de sua utilidade, é finalmente ordenada ao proveito de todos e cada um dos membros, como pessoas que são.... Se compararmos o Corpo Místico com o moral, veremos que a diferença não é leve, mas importantíssima e gravíssima. No corpo moral não há outro princípio de unidade senão o fim comum e a comum conspiração sob a autoridade social para o mesmo fim; ao passo que no Corpo Místico, a esta comparação junta-se outro prin-

(38) Teoria, cit., pág. 134.

(39) V. *Ecclesia, encyclopédie populaire des connaissances religieuses*, dir. R. AIGRAIN, Bloud & Gay, 1933, pp. 761-2.

(40) GANGI, op. cit., pp. 207-8.

(41) PENIDO, op. cit., pág. 94, nota 2.^a, 25.

cípio interno, realmente existente e ativo tanto em todo o composto como em cada uma das partes, e tão excelente, que supera imensamente todos os vínculos de unidade que unem o corpo quer físico quer moral, ... princípio de ordem não natural mas sobrenatural, antes em si mesmo absolutamente infinito e incriado: o Espírito divino» (42).

Em seu comentário, demonstra PENIDO que o conceito corpo é tomado no sentido metafórico. Mas esclarece: «metáfora não é palavra vã; tem um sentido e um alcance precisos... é uma *analogia de proporcionalidade imprópria*». Recordemos, com nosso autor, que «*analogia*, na acepção geral da palavra, significa semelhança, a qual, por sua vez, exprime a relação de conformidade que une dois ou vários seres. Essa conformidade, oriunda da posse de qualidades comuns, varia segundo a natureza das qualidades e o grau em que são possuídas, desde a quase identidade até a quase total disparidade». Na *analogia de proporcionalidade imprópria*, ou na metáfora, importa sublinhar «o fato de a semelhança não se referir à ordem entitativa (plano das essências) mas exclusivamente à ordem dinâmica das propriedades ativas (plano da operação)». Entre analogia de proporcionalidade imprópria ocorre a seguinte distinção: a primeira compara *semelhanças essenciais*, a segunda compara o *modo de agir* (43).

9. Temos em mão todos os dados que nos permitem explicar, pela aplicação do conceito analógico de *pessoa*, a natureza das pessoas jurídicas. Estabeleceremos o termo de semelhança que existe entre elas e o que se chama, na técnica do Direito, *pessoa natural ou física*, isto é, todo homem capaz de pôr em exercício, em ação, faculdades que a norma lhe reconhece e deveres que a norma lhe impõe. A metáfora se baseará, pois: 1.º, numa *univocidade*, uma vez que — lembremos a intuição que a teoria de KELSEN realçou — jurídica é tanto a pessoa considerada individualmente quanto a entidade pública ou privada a que se dá o nome de pessoa jurídica; e — 2.º — numa analogia de proporcionalidade imprópria, exatamente porque, termo de um conceito análogo, *pessoa* é, no caso da aplicação às pessoas jurídicas, tomado, a princípio, univocamente. Que se trata de entidades reais, não há dúvida. Foi a contribuição que trouxe à doutrina o realismo-sociológico e a história das pessoas morais confirmou. Refiramos mais uma palavra de TIMASHEFF: «quando sociólogos falam de associação, realçam, comumente, uma situação que lhes está presente aos olhos: os homens, capacitados de um interesse comum, que pode ser concretizado mediante ação cooperativa, unem-se e formam um grupo social». Ou, na expressão de HILLER:

(42) Texto em PENIDO, op. cit., pág. 53.

(43) PENIDO, op. cit., pp. 160 e 161 mais nota n.º 2.

“quando pessoas individuais reconhecem seus interesses mútuos e começam a agir, unidos, a fim de promovê-los, constituem uma associação” (44).

Há, pois, na *pessoa jurídica* tênicamente considerada um momento de ação; as *pessoas jurídicas* são, portanto, *pessoa* quanto ao modo de agir; não são *pessoa* entitativamente, ou na ordem da essência, da especificação, mas dinamicamente, ou na ordem da operação, do exercício; dizemos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios, das associações, das fundações, das sociedades mercantis, que são *pessoas*, na mesma acepção em que apelidamos nosso RUI de «águia de Haia», porque há uma *semelhança de relação* que têm, respectivamente, os sujeitos referidos nos artigos 14 e 16 do Código Civil com o termo (exercício da aptidão de ser sujeito de direitos), e o objeto significado pelo conceito *personalidade jurídica* (isto é, a própria aptidão de ser sujeito de direitos considerada em si mesma, não em seu exercício) com outro termo (o homem, que, pela sua natureza, é um *todo moral*, titular de direitos e obrigações).

Será tal explicação fruto de critério apenas lógico? estaremos talvez voltando ao *fictionismo*? Não; a relação de conformidade que gera a analogia vigora entre seres reais, não entre entes de razão, à maneira de KELSEN. RUI não deixava de ser RUI BARBOSA, quando se lhe dava apelido de *águia de Haia*. Uma associação não deixa de ser uma entidade real quando se lhe reconhece personalidade jurídica.

Mas entre o homem e o que a Ciência do Direito chama *pessoa natural ou física*, que espécie de analogia se pode surpreender? Aqui, tanto quanto se afigurem corretas as observações anteriores, há uma *analogia de proporcionalidade própria*. Diz o art. 2.º do C. C. B. que «*todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil*». E a personalidade civil do homem — personalidade jurídica no sentido de KELSEN, mas que o próprio KELSEN não aprofundou suficientemente — é de tal modo ínsita ao ser humano, que a lei a reconhece desde o nascimento com vida, pondo, além disso, a salvo, desde a concepção, os direitos do nasciturno (é o art. 4.º do C. C. B.). A comparação homem — *pessoa natural* — faz-se, portanto, entre *semelhanças essenciais*. É propriedade do conceito *pessoa* a capacidade de direitos e obrigações.

A *pessoa natural* dos códigos não é simples construção do pensamento jurídico. É reflexo da imagem e semelhança de Deus, ana-

(44) TIMASHEFF, loc. cit., pág. 498 e nota n.º 14.

logado supremo, Ato puro, em que se realiza, plena e absolutamente, a noção da *Pessoa*. Se o Direito, por algum tempo, às vêzes demasiado, deixa de reconhecer essa reprodução esplêndida — tal como no caso da escravidão, da morte civil, ou da discriminação social — ainda tão visível e gritante, entre pobres e ricos, poderosos e desamparados, opressores e oprimidos, possuidores e servos — é porque está na natureza do conhecimento moral proceder por inclinação, adquirindo lentamente e incorporando aos conceitos de que usa a razão uma experiência inscrita na história da humanidade, com suas dôres, suas pelejas, seus triunfos.

Todo o progresso moral, isto é, humano, do Direito consistirá, pois, em arrancar da sombra para torná-los salientes e vivos, os traços configuradores daquela misteriosa semelhança.

Seja tal explicação nulo de critério apenas lógico, esteja nos níveis voltando ao historicismo. Não; a relação de continuidade que esta a analogia vigora entre seres reais, não entre entes de razão, a maneira de KEISEN. RUI não deixava de ser RUI HARBOZA, quando se se deve apêlo de que a RUI. Uma associação não deixa de ser uma entidade real quando se lhe reconhece personalidade jurídica.

Mas entre o homem e o que a Ciência do Direito chama pessoa natural ou física, que espécie de analogia se pode supor? Aqui tanto quanto se atinem correlas as observações anteriores, há uma analogia de proporcionalidade própria. Diz o art. 2.º do C. C. B. que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. É a personalidade civil do homem — personalidade jurídica no sentido de KEISEN, mas que o próprio KEISEN não aprouveu admitir — e de tal modo mais ao ser humano que a lei reconhece desde o nascimento com vida, sendo assim dito e salvo desde a concepção, os direitos do nascituro (o art. 4.º do C. C. B.). A comparação homem — pessoa natural — faz-se portanto entre as maneiras essenciais. É propriedade do conceito pessoa a capacidade de direitos e obrigações.

esse interesse em se adaptar mediante a cooperação, num, comum, homem, capacidades de um interesse semelhante presente em todos os seres vivos, assim como a personalidade jurídica. A pessoa natural dos códigos não é simples constância do nascimento jurídico. É reflexo da imagem e semelhança de Deus, analogia jurídica.